

法治/社会

法治与社会论丛

(第六卷)

JOURNAL ON THE RULE OF LAW AND SOCIETY

刘建民 段宝玖◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法治与社会论丛

(第六卷)

刘建民 段宝玖◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

法治与社会论丛. 第6卷/刘建民, 段宝玖主编. —北京: 知识产权出版社, 2016. 10
ISBN 978-7-5130-4426-4

I. ①法… II. ①刘…②段… III. ①法学—丛刊 IV. ①D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 209903 号

内容提要

《法治与社会论丛》是一本法学类综合性学术集刊, 现已出版至第 6 卷。本书收录论文主要涉及法学各论专题、审判前沿与案例精解专题、社会管理专题、社会调研专题、教学与课程改革专题等。在论文的征稿过程中更注重实务性和创新性, 力求及时反映最新的社会热点问题及学术研究成果, 并多角度、多层次、深入地对各类热点问题进行全方位的探讨和分析, 具有重要的理论意义和实践意义。本书能够让读者较为详细地了解法学、政治学、社会学的前沿问题, 可以作为相关机关、企事业单位及学生进行学习交流的参考资料。

策划编辑: 蔡 虹

责任出版: 卢运霞

责任编辑: 张筱茶

法治与社会论丛 (第六卷)

主 编: 刘建民 段宝玖

副主编: 林沈节 张 琼

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司
社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号
责编电话: 010-82000860 转 8180
发行电话: 010-82000860 转 8101/8102
印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司
开 本: 710mm × 1000mm 1/16
版 次: 2016 年 10 月第 1 版
字 数: 490 千字

ISBN 978-7-5130-4426-4

网 址: <http://www.ipph.cn>
邮 编: 100081
责编邮箱: baina319@163.com
发行传真: 010-82000893/82005070/82000270
经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店
印 张: 25
印 次: 2016 年 10 月第 1 次印刷
定 价: 98.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编委会

编辑委员会主任：刘建民

副主任：张影 段宝玫 林沈节

编辑委员会成员：王进庄 张琼 于淑清 李红艳 姚志鹏

沈全 何爱华 张小红 陈龙跃

主编简介

刘建民，上海商学院文法学院院长顾问，教授，律师，上海仲裁委员会仲裁员；获宝钢优秀教师奖、上海市育才奖、上海商学院教学名师奖。主持“经济法”课程入选上海市精品课程；主持“民法”课程入选上海市重点课程；主编“经济法”教材入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。主持“面向商贸服务的法律专业应用型人才培养模式改革与创新”项目入选上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目（085项目）。

发表、出版《中西买卖法若干问题比较研究》《商品流通法律规制研究》《零供关系法律规制研究》等论著100余篇（部）。其中，《略论商业特许连锁经营的法律调整》《超市通道费纠纷案件的事实认定和法律适用问题》等10余篇论文被人大复印报刊资料全文转载；《商业行规的法律定位、特点及体系》《行业协会功能研究》《新中国60年商业法制建设回顾与展望》《超市通道费法律调整若干问题探讨》等10余篇（部）论著在“上海市哲学社会科学优秀成果”“上海市法制建设优秀研究成果”“上海市党校系统优秀科研成果”等评选中获奖。

段宝玖，现任上海商学院文法学院副院长，法学博士，副教授，上海市法学会商法研究会理事，美国西弗吉尼亚大学访问学者。入选教育部、中央政法委等六部委组织实施的高校与法律实务部门人员互聘“双千计划”；获上海商学院优秀青年教师奖。主持“法理学”课程入选上海市重点课程。主编《经济法（第五版）》入选“十二五”职业教育国家规划教材；主编《新编经济法教程（第四版）》荣获2015年上海普通高校市级优秀教材奖。

主要研究方向为商法、经济法、法律文化。作为主要成员参研上海市政府决策咨询项目、上海市重点学科建设课题、上海市商务委员会课题等科研项目多项。发表《民国时期破产规范在实践中的表达：以商会个案裁断为视角》《侵权责任构成理论之内涵解析》《预付式消费卡若干法律问题探析》等论文多篇，独著《近代中国破产法制流变研究》，编著《商品流通法律规制研究》《商事侵权责任法》等著述20余部。

编者说明

《法治与社会论丛》是由上海商学院文法学院主办的综合性学术论文集，汇聚了法学、社会学理论界和实务界诸多专家的研究成果，自2011年以来至今已经陆续出版五卷。《法治与社会论丛（第六卷）》延续与承袭了前五卷的风格和体例，坚持对相关法学和社会问题进行深入、全面的理论研究和探索，对社会现实与实践保持持续的关注和体察。与此同时，本卷在编写过程中，注重将院校与法律实务部门产研合作、产教融合的成果及时应用与转化，收录了上海市长宁区人民法院、徐汇区人民法院和奉贤区人民法院精于审判业务的法官所撰写的法学论文和个案精解，希冀通过加强法学理论界与法律实务界的学术交流与互动，进一步拓宽研究视野与研究思路，促进理论与实践的紧密结合，不断提升研究成果的应用价值和学术内涵。

根据研究成果的学科属性和内容，本卷收录的论文分别归入法学各论专题、审判前沿与案例精解专题、社会管理专题、社会调研专题及教学与课程改革专题。

“法学各论专题”收录的文章作者主要来自上海商学院、上海市长宁区人民法院、上海市奉贤区人民法院等。这些论文凝聚了诸位学者、专家的研究心得，从多角度、多方位对法学理论与实践问题进行深入探讨和分析，具有重要的研究意义。

“审判前沿与案例精解专题”刊载了上海市徐汇区人民法院、长宁区人民法院审理的部分典型案件的阐释评论。每篇文章在介绍主要案情的基础上，侧重于呈现主审法官在审理、裁判过程中的考量与思辨，以及对法学理论层面相关问题的回应与解读。编者希望通过这种方式，透视法律的实施过程，凸显法律的价值目标在司法实践中的印证与实现。

“社会管理专题”和“社会调研专题”收录了来自上海商学院、浙江工业大学等多位作者的研究成果，相关论文采用多样化的研究方法，从不同视角对

社会热点问题及新现象进行剖析研究，其中既有真实的个案访谈，又有诸多的数据支撑与分析。各位学者从社会学、政治学等学科领域研究相关问题，并提出自己的真知灼见。

本书编委会感谢各位作者的支持，同时也声明论丛登载的文章遵循“文责自负”原则，在编辑过程中，编者仅对来稿做技术性处理。由于时间有限，疏漏与不当之处在所难免，敬请读者不吝指正。

学术研究是无止境的，我们期待有更多、更好的文章在《法治与社会论丛》这一学术平台上得以展示与交流。本书在结集出版过程中，得到了知识产权出版社及其编辑的大力支持，在此一并致谢！

目 录

法学各论专题

论刑事诉讼中专家辅助人制度

——以立法导读、司法指引、现实分歧与路径完善展开	李艳旻	2
执行程序转破产程序的立法考量及其完善	段宝玖	16
证据裁判主义运用中的边界、逻辑和规则	孙海峰	27
网络服务提供者侵犯著作权法律责任之比较	王红珊	39
信息网络视野下计算机信息安全刑事保护的“进退”之维		
——基于对破坏计算机信息系统罪之司法实践分析与		
规范含义重构	俞小海	53
浅议信用信息开放和失信惩戒机制	刘建民	66
环境司法专门化的困境与出路	杨国志 毛振亚	73
行贿罪免予刑罚条文的理解与反思		
——对《刑法修正案（九）》改动的正向解读		
.....	秦明华 周宜俊 袁 野	83
“治欺诈猛药”与“既判力阻却”的再平衡		
——论第三人撤销之诉的检视和运用	胡亚斌 王华婷	93
支付密码合法性存疑探析		
——以支付密码禁止适用为视角	高 磊	103
刑事诉讼中庭前会议制度的再思考	杨国志	112
走出“形合实独”的现实困境：合议庭改革中的价值整合与范式重构		
——以合议庭运行机制改革为视角	宓秀范 刘亚玲 赵琛琛	123
从“交叉混同”到“配合制约”		
——审判权与执行权分离改革试点研究	王 俊 汪 露	136

大都市背景下人民法庭建设的审视与完善 ... 张 静 杨国志 洪 宁	147
我国当下释明权制度现状与构筑初探	周智川 156

审判前沿与案例精解专题

“资质规避”和“招徕”之行为构成

——上海某旅游产品开发有限公司诉上海文化市场行政执法总队不服行政处罚决定案	叶晓晨 168
---	---------

新闻媒体侵害法人名誉权的构成要件及赔偿标准的认定

——北京某虎科技有限公司、某智软件(北京)有限公司诉上海某文化传播有限公司、成都某经济新闻报社有限公司名誉权纠纷案	吕 洁 王 莉 172
---	-------------

出资瑕疵股东补充赔偿责任的司法认定

——中国某资产管理公司上海办事处诉上海市某投资公司等股东出资纠纷案	孙建伟 179
---	---------

一人公司股东可以构成职务侵占罪

——丰某职务侵占案	朱以珍 赵拥军 185
-----------------	-------------

法庭审理中名誉侵权的豁免认定

——胡某诉王某、葛某名誉权纠纷案	王朝莹 190
------------------------	---------

房地产交易中心工作人员骗取房屋交易者钱款应构成诈骗罪、帮助房屋交易者未完税而过户房产的应构成滥用职权罪

——黄某诈骗、滥用职权案	左静鸣 194
--------------------	---------

非典型性劳动关系认定标准探析

——徐某中诉上海某办公用品有限公司确认劳动关系案 ...	戚垠川 198
------------------------------	---------

连带劳务费用债务的认定

——宋某诉陈某、上海 L 投资管理有限公司追索劳动报酬纠纷案	李艳旻 202
--------------------------------------	---------

行为之于合同变更及解除的辨析

——吴某仪诉吴某、陆某铕房屋买卖合同纠纷案	胡琼天 208
-----------------------------	---------

卡通形象户外商展行为著作权共同侵权责任认定

——艾某(上海)商贸有限公司诉某云商集团股份有限公司等著作权纠纷案	李 翔 214
---	---------

违反进口“禁令”的食品为不安全食品

——覃某与乔某（上海市长宁区 Y 食品店）

买卖合同纠纷案 李艳旻 217

社会管理专题

论社会主义核心价值观与中国梦的内在联系 于淑清 222

论高等教育国际化背景下的留学生服务管理 金一超 229

自媒体视域下的协商民主 姚志鹏 240

简议建设有中国特色社会主义背景下的依法治国 何爱华 247

大学生法治观念调查与培育途径探讨 李红艳 255

高校学生党员队伍结构与质量的双向保障机制研究 陈龙跃 262

功能分析与机制建构：旅游目的地社区社会资本研究 周利方 270

少年司法跨部门合作工作体系的完善与发展

——以上海少年司法实践为例 钱晓峰 277

看得见的公正：法院开放日的审视与完善

——以 S 市 F 区法院近五年法院开放日活动为样本

..... 杨雪龙 杨国志 刘 玲 项天伦 289

《进化》到《少年》：陈延年世界观变迁之路探析 张小红 299

社会调研专题

上海养老服务机构建设布局及使用状况初探 张 娴 310

需求层次下社区志愿者管理探索研究

——以上海某社区为例 肖宜清 322

教学与课程改革专题

案例教学在商法本科课程教学应用中的困惑与反思

——兼议美国西弗吉尼亚大学商法案例教学模式 段宝玖 336

资源和质量双驱动：应用型财经类高校产教融合

运作机制研究 张 琼 344

项目导向式翻转课堂教学模式的探索与实践 张 影 353

基于中本贯通改革的大学语文课程设计研究

——以上海商学院为例 王进庄 赵鸿飞 张 侃 吴雯莉 360

社会化媒体时代高校思想政治教育面临的挑战及应对策略 沈 全 368

自媒体背景下创新高校思政教育工作的路径研究 陈龙跃 377

法学各论专题

论刑事诉讼中专家辅助人制度

——以立法导读、司法指引、现实分歧与路径完善展开

李艳旻*

摘要 专家辅助人制度是我国2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》修改的一项重大制度创新,其拓展了具有专门知识的人参与诉讼的具体方式,并对提高鉴定意见质量、解决庭审质证虚化问题、帮助法官认定证据效力、完善当事人诉讼权利有着重要意义。在2014年念斌案与林森浩案的审理中,专家辅助人参与庭审体现了该制度在维护司法实体公正与程序公正方面的积极功效,但因法律仅对该制度做出模糊规定,因而在专家辅助人立场定位、专家辅助人诉讼地位、专家辅助人意见法律属性、专家辅助人意见采信标准、专家辅助人资格设置、专家辅助人启动程序、专家辅助人出庭规则、专家辅助人权利设置方面存在理论争议、观念差异与实践困境。笔者认为,应在深入领会专家辅助人制度立法精神、深刻领悟专家辅助人制度价值的基础上,对专家辅助人制度予以立法完善,明确专家辅助人中立立场定位、专家辅助人独立诉讼参与人地位、专家辅助人意见的证据属性、专家辅助人意见“有限采用”规则、专家辅助人资质非以“诉前确认”为依据、专家辅助人出庭“形式审核”启动程序、专家辅助人必须出庭义务、专家辅助人具有质证权和知悉权。

关键词 专家辅助人 定位 司法实践

我国2012年颁布的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第192条第2款规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”依此规定,我国刑事诉讼确立了“有专门知识的人”参与刑事审判程序的新制度,多数观点称其为“专家辅助人制度”。《刑事诉讼法》关于专家辅助人制度的新规定,

* 作者单位:上海市长宁区人民法院。

是对我国司法实践经验的总结,也是对国际刑事诉讼有益经验的借鉴。^①这一制度的确立与实施不仅有利于维护当事人的合法权利,澄清其对鉴定意见的异议,也有助于协助法官解决庭审虚化问题,帮助法官认定证据效力。然而相关立法及司法解释的模糊规定导致司法实践中专家辅助人制度实施适法不统一的情况较为突出。为进一步完善专家辅助人制度,针对专家辅助人的立场定位、诉讼地位、专家辅助人意见法律属性等分歧较大的问题,笔者将以“理论+实证”分析方式,探究此制度的实施现状及完善路径。

一、立法导读——专家辅助人制度规则解析

目前,对刑事诉讼专家辅助人做出规定的主要涉及2012年《刑事诉讼法》及最高院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法司法解释》),其主要内容如下。

(一) 专家辅助人可就鉴定意见提出意见

根据2012年《刑事诉讼法》第192条第1款的规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”专家辅助人因其本身具有某领域的专门知识,可就存在的问题,就涉案的专门问题进行阐释,帮助委托方发现异议并准确质证。不过,我国法律未明确专家辅助人的地位,在证据种类法定化的情况下,也未明确专家辅助人意见所属证据类型,如此,专家辅助人因其诉讼地位特殊性使其提出的意见很难进行证据归类,其意见效力有待明确。

(二) 专家辅助人可在无法进行鉴定情况下出具检验报告

根据《刑诉法司法解释》第87条,对案件中专门性问题需要鉴定,但没有法定司法鉴定机构,或法律、司法解释规定可以进行检验的,可以指派、聘请有专门知识的人进行检验,检验报告可作为定罪量刑的参考。这一条款一定程度上突破了2012年《刑事诉讼法》第192条关于专家辅助人聘请主体及意见效力的规定,立法的简约规定及司法解释对于立法的扩张性规定,使我国这一制度现实情况日趋复杂。

(三) 控辩双方可申请专家辅助人出庭,但法庭有最终决定权

根据2012年《刑事诉讼法》第192条第2、3款的规定,控辩双方均有权申请专家辅助人,相比1996年旧法中只有法院有权指派或聘请鉴定人,当事

^① 胡铭:鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究[J].法学研究,2014(4).

人无权选聘鉴定人的规定有所改进。不过,法律虽赋予控辩双方申请的权利,但最终决定专家辅助人是否出庭的权利仍掌握在法庭手中,而法律并没有对法庭是否允许专家辅助人出庭确定标准,这就可能为法庭的滥权提供便利。

(四) 专家辅助人有出庭的义务

《刑事诉讼法》第192条第1款、《刑诉法司法解释》第217条规定,专家辅助人出庭适用鉴定人的有关规定。在控辩双方对鉴定意见存在异议、法庭也认为有必要的情况下,鉴定人具有出庭的义务。由此推之,专家辅助人在上述情况下有出庭义务。通过专家辅助人出庭,一是突出庭审中专家辅助人主要功能是帮助控辩人对鉴定意见进行质证,增强庭审质证效果,强化交叉询问规则;二是帮助法院判定鉴定意见真伪,有利于案件事实认定。

(五) 对出庭专家辅助人予以限制

《刑诉法司法解释》第217条规定,申请有专门知识的人出庭,不得超过二人,有多种鉴定意见的,可相应增加人数。控辩双方在庭前会议可提出专家辅助人名单并有对对方专家名单提出异议的权利。庭前会议有利于控辩双方对专家辅助人是否适格进行必要事前审查,防止不适格专家辅助人介入诉讼,既保证诉讼效率,也可确保法庭准确认定案件事实。

专家辅助人制度具有进步意义,能够帮助法官与诉讼参与人更好地了解涉案事实及专业知识事实,维护司法公正与效率,但专家辅助人制度在我国仍是一项新兴制度,加之初入刑事诉讼领域,法律虽对此有规定却未成体系,对于专家辅助人的资格问题、选任问题、专家辅助人意见法律属性及效力问题等一系列诉讼规则尚未规定完全,该制度作用的发挥有待进一步完善。

二、司法指引——专家辅助人制度实践功效

如上文所言,目前我国刑事审判程序中该制度的实施存在多重问题。但即便如此,轰动案件审理中该制度的实际运用,不仅体现了这一制度保障实体与程序公正的重要功能,且对立法模糊规定做出了积极回应。念斌案与林森浩案的二审程序开庭审理,鉴定人和专家辅助人参与庭审,就案件涉及的专门性问题进行质证,引起社会广泛关注。其中,念斌案历时8年,经历了4次死刑判决,3次发回重审,在2014年8月,该案件二审开庭审理,最终做出念斌无罪的判决。而林森浩因投毒杀害室友,于2014年2月18日被上海市二中院一审宣判死刑。林森浩不服判决,向上海市高院提出上诉,2015年1月9日上海高院对“复旦投毒案”被告人林森浩故意杀人上诉一案进行二审公开宣判,最终

裁决驳回上诉,维持原判。根据《刑事诉讼法》规定,对林森浩的死刑判决已依法报请最高院核准。

在两起案件二审程序中,被告方均对一审判决认定的鉴定意见提出异议,均要求鉴定人应出庭做证。同时,两起案件的辩护人均基于新《刑事诉讼法》规定申请专家辅助人参与程序,出庭发表专家意见,对于控方鉴定意见进行质询,专家辅助人意见成为辩护意见的重要组成部分。

分析两案二审程序,该制度发挥了积极功效。在念斌案终审程序中,辩方聘请的专家辅助人揭露了公安机关的虚假鉴定,使其最终获得无罪判决。而林森浩案中,辩护方请来的专家辅助人,其质疑尚不足以撼动控方鉴定意见的证明作用。因此,二审法院维持原判。^①即便如此,该案持续13小时的法庭审理及辩方聘请的专家辅助人对于控方鉴定意见的一系列质疑,对于督促职权机关谨慎履行鉴定职权,保障鉴定公信力及司法公信力仍具有积极意义。

三、价值升华——专家辅助人制度建立宗旨

(一) 提高司法鉴定意见质量

我国现行鉴定制度,有两大特征:一是鉴定启动具有浓厚职权主义色彩。在刑事诉讼中,鉴定被视为侦查机关重要侦查手段之一,公诉案件中如涉及专门性问题,是否鉴定、委托哪个机构鉴定,均由侦查机关决定,犯罪嫌疑人、被告人只能消极等待被告知鉴定意见,至多只能在被告知具体鉴定意见后,提出补充鉴定或重新鉴定的申请。二是国家对从事司法鉴定业务的鉴定机构和鉴定人实行登记管理制度,即鉴定机构只有经过相关的行政管理部门审查,获得批准后才能开展鉴定业务。目前我国仅能对法医类鉴定、物证类鉴定、声像资料类鉴定和根据诉讼需要由国务院司法行政部门商最高人民法院、最高人民检察院确定的其他鉴定事项实行登记管理。显然,这几类鉴定事项的鉴定人,不可能解决诉讼中涉及的种类繁多的专业性问题的。

2012年修订的刑诉法专家辅助人制度,无疑能弥补我国现行鉴定制度的不足。该制度的存在,因鉴定申请被法院驳回的诉讼当事人,或无法用现行法律框架下的鉴定机构、鉴定人来解决专门性问题的诉讼当事人提供了另一解决问题的渠道,即申请法院通知专家辅助人出庭,就涉案专门性问题进行阐释说明,以支持己方主张。

^① 胡铭. 鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究 [J]. 法学研究, 2014 (4).

(二) 解决庭审质证虚化问题

无论是鉴定人根据科学原理、采用科学方法进行检验鉴定后得出的鉴定意见,还是其他专业人士通过经验判断、推理论证以分析报告等形式给出的书证或其他证据,都不过是具有专门知识的专家对涉案的专门性问题的一种主观评判或推断,绝非必然正确。所以,本质为专家意见而具体表现载体为鉴定意见及分析报告等其他专家意见的这些证据,并不能跳过质证步骤而理所当然地具有证明效力。^①但是,由于这些鉴定意见或其他专家意见涉及众多专门知识,故专业的难度给围绕其展开的质证活动设置了重重障碍。由于对专门性问题所涉及的专门知识的不了解,当事人及其诉讼代理人、辩护人往往在质证时只能针对这些鉴定意见或其他专家意见问几个不痛不痒的问题,根本触及不到鉴定意见或其他专家意见的形成依据、科学原理、技术方法,所谓的质证也就在所难免虚化了。

而专家辅助人,恰恰可胜任“弹劾”鉴定人或其他专门知识者的工作,其参与诉讼的主要任务,从立法本意来看,正是站在对立的角度,全方位审核针对诉讼中专门性问题而做出的鉴定意见或其他专家意见的“短板”所在。专家辅助人在质证环节往往能准确攻击它们的破绽,削弱或直接否定鉴定意见或其他专家意见之证明价值。

(三) 帮助法官认定证据效力

当争议事实本身是专门性问题时,为了公正裁判,法官需依赖相关鉴定意见,或具有专门知识的专家给出的其他专家意见。但该鉴定意见或其他专家意见是否具有证据资格,具有多大证明力,却非法官自行就可回答。事实上,法官在认定是否采纳,或在多大程度上采信鉴定意见的问题上,唯有进一步依赖具有专门知识的人才会有出路。专家辅助人的出现,使得法官可借专家辅助人对相关专门知识的熟谙,来完成其对鉴定意见或其他专家意见的认证^②。法官坐镇庭审,鉴定人或其他具有专门知识的人依法出庭接受质证,相对方则由专家辅助人代为挑战鉴定意见,双方围绕相关专门性问题之专门技术、科学原理、具体操作步骤及结果等展开专业论争。

专家辅助人,与鉴定人或其他专门知识者的专业能力、知识背景旗鼓相当,其就鉴定意见或其他专家意见做出质疑或认同,无疑具有权威性,以此为

① 李学军,朱梦妮.专家辅助人制度研析[J].法学家,2014(1).

② 何家弘,等.简明证据法学[M].北京:中国人民大学出版社,2013:162.